

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 października 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	sędzia Andrzej Kubica
Protokolant:	Dominika Borden

po rozpoznaniu w dniu 1 października 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego: Spółki (...) Spółka Akcyjna w B.

odwołującego: D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...)

przystępującego po stronie zamawiającego wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w R.

ze skargi odwołującego

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 14 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1639/21, KIO 1667/21

1. zmienia zaskarżone postanowienie w całości i w pkt 1 uwzględnia odwołanie w ten sposób, że nakazuje zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części III. Zamówienia,
- b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części III. Zamówienia spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
- c) dokonanie odrzucenia oferty wykonawcy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w R. w zakresie części III. Zamówienia

2. w pkt 2 w ten sposób, iż kosztami postępowania obciąża zamawiającego Spółkę (...) spółkę akcyjną z siedzibą w B. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, oraz zasądza od Spółki (...) spółki akcyjnej z siedzibą w B. na rzecz wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia D. M. kwotę 13.600 zł (trzynaście tysięcy sześćset) tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

3. ustala, że koszty postępowania skargowego ponosi w całości wykonawca (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w R., pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Warszawie.

Sędzia Andrzej Kubica

XXIII Zs 114/21

UZASADNIENIE

Zamawiający Spółka (...) S.A. w B. wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Rozbiórka 4 obiektów budowlanych (...) zlokalizowanych na terenie (...) S.A. Oddział w S. (...) wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia», numer referencyjny: (...).

Postępowanie było prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) i – w zakresie środków ochrony prawnej – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

W dniu 24.05.2021 r. zamawiający poinformował o przeprowadzeniu aukcji i wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy (...) sp. z o.o. w R..

W dniu 31.05.2021 r. wykonawca D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...), ul. (...) M. (dalej odwołujący), zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na czynności zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy (...) sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w R. (dalej: (...)), przy wcześniejszym zaniechaniu odrzucenia oferty (...) z uwagi na niezłożenie prawidłowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny (RNC), bo zaferowana przez wykonawcę (...) cena była rażąco niska, a w złożonych wyjaśnieniach wykonawca (...) nie wykazał, że oferowana cena zapewnia prawidłowe wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, oraz nie złożył odpowiednich dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy (...), którego to odrzucenia oferty zamawiający zaniechał, tak jak i zaniechał czynności wszechstronnej i starannej weryfikacji wyjaśnień wykonawcy (...) zawartych w piśmie z 31.07.2020 r., przez co ocenę wyjaśnień wykonawcy (...) należy uznać za wadliwą.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 91 ust 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 SPzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy (...) w sytuacji, gdy oferta ta zawierała zarówno RNC jak i koszty, a co za tym idzie oferta wykonawcy (...) powinna zostać przez zamawiającego odrzucona, zaś jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta odwołującego;

2) art. 89 ust. 1 pkt 6 SPzp przez pominięcie w ocenie ofert faktu, że oferta wykonawcy (...) podlegać powinna odrzuceniu z uwagi na okoliczność, że oferta zawiera poważne błędy w zakresie obliczenia ceny oraz kosztów;

3) art. 90 ust. 1 SPzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy (...) w sytuacji gdy wykonawca (...) nie wyjaśnił i nie wykazał oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy (...), oryginalności projektu, niższych kosztów pracy, nadto nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny i kosztów;

4) art. 90 ust. 2 i 3 SPzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy (...) jako najkorzystniejszej pomimo faktu, że wykonawca (...) nie wykazał, że złożona oferta nie zawiera ceny, która nie jest RNC oraz kosztów, które nie są rażąco niskie, bowiem nie złożył wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień oraz nie przedstawił żadnych dowodów, oraz przez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaferowanej przez wykonawcę ceny oraz zaniechanie

odrzućenia oferty wykonawcy (...) z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej RNC z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania:

- 1) unieważnienia czynności z 24.05.2021 r. polegającej na wyborze oferty wykonawcy (...) jako najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę (...);
- 3) odrzućenia oferty złożonej przez wykonawcę (...);
- 4) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
- 5) ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów reprezentacji odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika na rozprawie przed KIO, zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Wskazane odwołanie zostało zarejestrowane w Krajowej Izbie Odwoławczej pod sygnaturą akt: KIO 1639/21.

Zamawiający 27 lipca 2020 r. przeprowadził aukcję elektroniczną, a następnie pismem z 30 lipca 2020 r. wezwał wykonawcę (...) do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia i dowody powinny dotyczyć w szczególności takich elementów jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych wykonawcy, koszty pracy, z zastrzeżeniem, że ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów, wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach należy podać wszelkie obiektywne czynniki odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia oraz podać elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oraz rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów.

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny; ponadto wymagał, aby wykonawca podał koszty pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Odnośnie kosztów pracy zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał i udowodnił, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia – umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna) nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Wykonawca (...) 17.07.2020 r. złożył wyjaśnienia rażąco niskiej w odniesieniu do oferty pierwotnej (przed aukcją internetową). Oferta pierwotna opiewała na kwotę 35 630 886,00 zł brutto. Następnie po aukcji internetowej, wykonawca (...) złożył ponownie wyjaśnienia RNC w odniesieniu do oferty końcowej, która wynosi 640 000,00 zł brutto. Końcowe wyjaśnienia RNC w zakresie ich treści były kopią wyjaśnień pierwotnych i nie przedstawiały nowych okoliczności, które mogłyby wyjaśnić tak dużą redukcję ceny.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach z 31.07.2020 r. wykonawca (...) wyłącznie częściowo odniósł się do wymagań zamawiającego z wezwania z 30.07.2020 r. i przedstawił jedynie wycinki swojej kalkulacji, które w żaden sposób nie tłumaczyły zaoferowanej ceny oraz nie odnosiły się do całości robót jakie należy wykonać w celu realizacji zadania, a które wprost wynikały z przedmiaru.

W wyjaśnieniach pierwotnych wykonawca (...) zakładał prowadzenie prac w systemie dwuzmianowym i deklarował, że całość prac rozbiórkowych będzie trwać dwa miesiące. W wyjaśnieniach końcowych wykonawca powoływał się na ten sam skład osobowy oraz ten sam zestaw maszyn i urządzeń, jednak skrócił czas wykonania zadania o 25% względem wyjaśnień pierwotnych i deklarował wykonanie zadania w 1,5 miesiąca, co znacząco redukowało koszty wynagrodzenia pracowników uwzględnione w ofercie. Wykonawca (...) w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego kalkulował czas wykonania zadania w takim wymiarze oraz jakie zmiany poczynił w technologii rozbiórki.

W wyjaśnieniach pierwotnych wynagrodzenie kierownika budowy przyjęte było w kwocie 6 264,96 zł brutto. W wyjaśnieniach końcowych wynagrodzenie kierownika budowy zostało zmniejszone o 25% i wynosiło 4 698,72 zł brutto.

Takie zmniejszenie wynagrodzenia o 25% dotyczyło wszystkich pracowników wykonawcy (...) biorących udział w zadaniu. Dodatkowo wykonawca (...) w takim samym, wymiarze skalkulował czas pracy oraz wynagrodzenie kierownika robót i brygadzysty tj. 4 698,72 zł brutto na pracownika.

Założenia te okazały się niezgodne z postanowieniami SIWZ, bowiem zamawiający w pkt 5.3 SIWZ dotyczącym warunków udziału w postępowaniu wskazał, że do realizacji zadania wymagany jest kierownik budowy, brygadzysta oraz kierownik robót, który będzie stale obecny na terenie rozbiórki. Skoro wykonawca (...) zamierzał prowadzić prace rozbiórkowe w systemie dwuzmianowym, musiał zapewnić stały nadzór kierownika robót, tak więc kalkulacja kosztów była błędna. Wykonawca (...) będzie zmuszony zatrudnić dodatkowego kierownika robót, który nadzorować będzie prace rozbiórkowe na drugiej zmianie, a ten koszt został w wyjaśnieniach całkowicie pominięty.

Dodatkowo deklarowane wynagrodzenia kierownika budowy oraz kierownika robót były całkowicie nierynkowe. Kierownik Budowy, tj. zgodnie z pkt 5.3.1.a SIWZ osoba posiadająca wyższe wykształcenie budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, i kwalifikacje do wykonywania czynności w dozorcze ruchu w podziemnych zakładach górniczych w specjalności budowlanej, nie może pobierać wynagrodzenia w kwocie 2 600 zł brutto – czyli takie samo jak osoby z uprawnieniami spawalniczymi, gazowymi i elektrycznymi, kierownik robót, brygadzysta czy hakowy. Zgodnie zaś z oświadczeniem wykonawcy Kierownik budowy oraz kierownik robót pobierają wynagrodzenie mniejsze niż operatorzy koparki (4 210,18 zł brutto) lub kierowcy (3 205,39 zł brutto).

Kolejną nieprawidłowością było zaniżenie kosztów materiałów w wyjaśnieniach końcowych. Początkowo wykonawca (...) deklarował dostarczenie przekruszu betonowego za łączną kwotę 50 168,00 zł netto, natomiast w wyjaśnieniach końcowych zredukował tę kwotę o połowę wskazując kwotę 25 084,00 zł netto, bez podania jakichkolwiek wyjaśnień, tłumaczących redukcję kosztów o 50% w zaledwie dwa tygodnie.

W wyjaśnieniach pierwotnych wykonawca (...) deklarował dowóz ziemi w cenie 20 zł za tonę, co dawało łączny koszt 12 090,40 zł netto, natomiast w wyjaśnieniach końcowych wykonawca oświadczył, że dostarczenie tego samego materiału będzie darmowe i wyniesie 0 zł, ponieważ posiada 20 000 ton ziemi. Trudno założyć, że w przy składaniu wyjaśnień pierwotnych wykonawca (...) nie zdawał sobie sprawy z faktu, że posiada na swoim terenie 20 000 ton materiału, który nie ma dla niego żadnej wartości. Ponadto należy podkreślić, że bez względu na to, gdzie ten materiał się znajduje, wykonawca (...) będzie musiał wykonać załadunek materiału na samochody z wykorzystaniem koparki wraz z operatorem, a zatem poniesie dodatkowe koszty – tak więc nie jest prawdą, że dostawa tego materiału jest darmowa; wykonawca (...) nie wykazał także rzeczywistej liczby pracowników biorących udział w tym zadaniu, ponieważ nie wykazał kosztów operatora i koparki pracującej poza terenem rozbiórki oraz kosztu transportu ziemi.

W następnym punkcie wykonawca (...) podał, że rozbiórkę prowadzić będzie sprzętem 3 koparek gąsienicowych, które wykorzystywane będą w systemie dwuzmianowym, wykazany sprzęt wyposażony będzie w młoty wyburzeniowe i nożyce specjalistyczne. Taki sam typ maszyn oraz ich liczba przyjęta była w wyjaśnieniach pierwotnych, jednak początkowo ich czas pracy szacowany był na 1 764 godziny, natomiast w wyjaśnieniach końcowych czas pracy tych maszyn skrócono do 1 323-godzin. Jako koszty wykonawca (...) wykazał jedynie zużycie paliwa: 1323 godziny x 30 litrów/h = 39 690 litrów x 3,45 zł = 136 930,50 zł netto.

Taka kalkulacja była niezgodna z zasadami kosztorysowymi, ponieważ wykonawca (...), nie uwzględnił realnej pracy sprzętu. Poza zużyciem paliwa koszt pracy sprzętu musi uwzględniać jego serwis, płyny eksploatacyjne oraz jego amortyzację. Nadto cena paliwa nie odpowiada cenom rynkowym – w dacie sporządzania zestawienia kosztów cena paliwa ON była niższa niż obecnie, lecz nawet w lipcu 2020 r. nie kosztowało ono 3,45 zł za litr.

Wykonawca (...) pomimo nieuzasadnionego skrócenia czasu pracy zmniejszył również wysokość kosztów nieprzewidzianych, które początkowo szacował na 50 000 zł, a które w wyjaśnieniach końcowych obniżył do 20 000 zł.

Ponadto za 0 zł wykonawca (...) zamierza realizować oznakowanie i zabezpieczenie placu rozbiórki, wskazując że ochroną będzie monitoring własny. Wykonawca (...) nie wyjaśnia, na czym miałby polegać „monitoring własny”, czy jest to zabezpieczenie które świadczyć będą pracownicy bezpośrednio zaangażowani w rozbiórkę – nie podaje także kosztów oznakowania.

Wszystkie powyższe braki, oferowanie niektórych elementów za darmo, oraz obniżenie kosztów wszystkich elementów kalkulacji pierwotnej było nieoparte żadnymi dowodami i ma na celu jedynie dostosowanie wyjaśnień do kwoty, którą wykonawca (...) wylicytował w aukcji elektronicznej. Należy podkreślić, że pomimo tego że w ofercie pierwotnej wykonawca (...) kalkulował sam zysk na poziomie aż 28 346 304,10 zł netto, to w toku aukcji elektronicznej obniżył kwotę swojej oferty o wartość większą niż początkowo skalkulowany zysk. Odwołujący podkreśla, że prac wyburzeniowych nie będą wykonywać same maszyny – dla prawidłowej realizacji zamówienia konieczne jest zatrudnienie doświadczonych, wysoko wykwalifikowanych pracowników. Ponieważ wykonawca (...) deklaruje wykonywanie prac w systemie dwuzmianowym, tym bardziej powinien zapewnić odpowiednią liczbę osób, a podane w wyjaśnieniach koszty dotyczą wyłącznie zatrudnienia pracowników jednej zmiany.

Same początkowo przyjęte koszty przedstawione w wyjaśnieniach pierwotnych były większe niż wartość końcowa oferty po aukcji elektronicznej. Jest więc rzeczą jasną, że wykonawca (...) składając ostateczne wyjaśnienia RNC, bazując na poprzednim wzorze, dostosował ceny tak aby pasowały do wylicytowanej ceny i nie można ich uznać za prawdziwe, rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, których wymagał zamawiający.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający już w piśmie z 30 lipca 2020 r. poinformował, że zgodnie z art. 90 ust. 2 SPzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera RNC lub kosztu spoczywa na wykonawcy (...) oraz przypominał, że na mocy art. 90 ust. 3 ustawy SPzp zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający miał obowiązek oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę (...) zgodnie z warunkami określonymi w wezwaniu, a wobec braku wymaganych elementów powinien był uznać, że wykonawca (...) nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ewentualnie że wyjaśnienia te nie spełniają wymagań zamawiającego, a oferta zawiera RNC w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy (...) za prawidłowe i wystarczające oraz brak odrzucenia złożonej przez wykonawcę (...) oferty stanowią naruszenie przepisów art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 SPzp. Ponadto przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy (...) za prawidłowe i wystarczające oraz wybór oferty wykonawcy (...) stanowią naruszenie przepisów art. 91 ust 1 oraz art. 90 ust. 1 SPzp.

Odwołujący podkreślił, że właściwa ocena złożonych przez wykonawcę (...) wyjaśnień powinna skutkować odrzuceniem oferty, bowiem wyjaśnienia RNC były ogólnikowe, niekompletne i nie odpowiadały wymaganiom wskazanym przez zamawiającego w wezwaniu z 30 lipca 2020 r. Wyjaśnienia te uznać także należy za nieprawidłowe, nadto niewiarygodne – przede wszystkim z uwagi na nierynkową wysokość wynagrodzenia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie o oddalenie odwołania.

Również wykonawca (...) sp. z o.o. w S. wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę (...);
- 2) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy (...);
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy (...);
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy D. M. prowadzącego działalność gospodarczą jako (...), ul. (...) M.;
- 5) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z., ul. (...) Z.;
- 6) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy M. C. prowadzącej działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe (...), ul. (...) C.#L.;
- 7) zwróceniu się do wykonawców a) (...) b) (...), c) Developer i (...) sp. z o.o., d) PHU (...) – z wezwaniem z 28.08.2020 r. do złożenia dodatkowych wyjaśnień w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (dalej RNC), w sytuacji gdy poprzednie wyjaśnienia nie zawierały dowodów oraz potwierdzały istnienie (...) w ofertach ww. wykonawców.

Odwołujący EP sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 SPzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy (...), który to wykonawca (...) nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, w odniesieniu do warunku dysponowania minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne (geodezyjne pomiary sytuacyjno-wysokościowe, realizacyjne i inwentaryzacyjne), który to warunek został opisany w pkt 5.3 ppkt 1 lit. a tiret siódme SIWZ;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 SPzp pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień i dowodów, które nie zostały złożone przez czterech wykonawców;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 SPzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...) jako oferty zawierającej rażąco niską, podczas gdy wykonawca (...) nie wykazał, że jego oferta nie zawiera RNC oraz nie złożył żądanych przez Zamawiającego dowodów, zaś Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę (...), pomijając fakt, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 SPzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...) jako oferty zawierającej rażąco niską, podczas gdy ww. wykonawca (...) nie wykazał, że jego oferta nie zawiera RNC oraz nie złożył żądanych przez Zamawiającego dowodów, zaś Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę (...), pomijając fakt, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera RNC oraz złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp 2004, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Developer i (...) jako oferty zawierającej RNC, podczas gdy wykonawca Developer i (...) nie wykazał, że jego oferta nie zawiera RNC oraz nie złożył żądanych przez Zamawiającego dowodów, zaś Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Developer i (...), pomijając fakt, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp 2004, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...) jako oferty zawierającej RNC, podczas gdy wykonawca (...) nie wykazał, że jego oferta nie zawiera RNC oraz nie złożył żądanych przez Zamawiającego dowodów, zaś Zamawiający nie przeprowadził wszechstronnej i dokładnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę (...), pomijając fakt, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera RNC oraz złożenia dowodów spoczywa na wykonawcy;

7) art. 91 ust. 1 SPzp polegające na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę (...) w sytuacji, w której oferta wykonawcy (...) podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 SPzp;

8) art. 90 ust. 1 SPzp przez ponowne zwrócenie się do wykonawców 1) (...) 2) (...) 3) Developer i (...) 4) (...) z wezwaniem z 28.08.2020 r. do złożenia dodatkowych wyjaśnień w ramach procedury wyjaśnienia RNC, w sytuacji gdy poprzednie wyjaśnienia nie zawierały dowodów oraz potwierdzały istnienie RNC w ofertach ww. wykonawców.

Odwołujący (...) wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności z 24.05.2021 r. polegającej na wyborze oferty wykonawcy (...);
- 2) dokonania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę (...);
- 3) dokonania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę (...);
- 4) dokonania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę (...);
- 5) dokonania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę (...);
- 6) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wskazane odwołanie zostało zarejestrowane w Krajowej Izbie Odwoławczej pod sygnaturą akt: KIO 1667/21.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z 14 lipca 2021 r., po rozpoznaniu odwołań w dwóch połączonych sprawach o sygnaturach akt: KIO 1639/21 i KIO 1667/21 odrzuciła oba odwołania; kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1639/21 obciążyła wykonawcę D. M. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez wykonawcę D. M. tytułem wpisu od odwołania; kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1667/21 obciąża wykonawcę (...) sp. z o.o. w S. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez wykonawcę (...) sp. z o.o. w S. tytułem wpisu od odwołania.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej opierał się na następujących ustaleniach i ocenie prawnej:

Izba postanowiła odrzucić oba odwołania, jako wniesione bez podstawy prawnej, to jest w sytuacji gdy to postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie podlega ustawie NPzp.

O powyższym Izba orzekła, kwalifikując rozpoznawane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jako zamówienie sektorowe w zakresie wydobywania węgla kamiennego, do którego stosuje się ustawę NPzp tylko wtedy gdy wartość zamówienia jest równa kwotom unijnym lub przekracza kwoty unijne, co wynika z art. 2 ust. 1 pkt 2 NPzp, który to przepis brzmi »Przepisy ustawy stosuje się do udzielania [...] zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych«.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego była »Rozbiórka 4 obiektów budowlanych (...) [Zakład (...)] zlokalizowanych na terenie (...) S.A. Oddział w S. (...) wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia», numer referencyjny: (...).

W BZP zamawiający nie podał wartości zamówienia jednak było rzeczą bezsporną, że wartość zamówienia była mniejsza niż kwoty unijne, o czym zamawiający powiadomił pismem [KIO 1639/21] z 9.06.2021 r. i pismem [KIO 1667/21] z 14.06.2021 r. stwierdzając, że cyt. »Szacunkowa wartość zamówienia łącznie wynosi 3 756 380,11 zł netto, co stanowi równowartość 879 858,55 euro«.

Na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (17.02.2021 r.), zgodnie z obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 stycznia 2021 r. w sprawie aktualnych progów

unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M. P. poz. 11), próg unijny, cyt. »w przypadku zamówień sektorowych na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających sektorowych – wynosi 5 350 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 22 840 755 zł« (tytuł III pkt 2 załącznika do obwieszczenia).

Zamawiający wniósł w obu sprawach odpowiedzi na odwołanie 24.06.2021 r. wnioskując o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 NPzp ewentualnie o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie nie miały zastosowania przepisy ustawy NPzp na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 2 NPzp, który to przepis brzmi »Przepisy ustawy stosuje się do udzielania [...] zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych«.

W postępowaniu było bezsporne, że ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych, a nie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a na prawidłowość zamieszczenia ogłoszenia w tym organie wskazuje też wartość zamówienia podana m.in. w »Protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego« prowadzonym przez zamawiającego – znak sprawy (...).

W związku z tym Izba stwierdziła, że w przedmiotowe postępowanie nie kwalifikowało się do zamówień sektorowych z uwagi na wartość zamówienia, która nie dopuszcza do zakwalifikowania postępowania do procedury sektorowej, gdyż przepis wymaga co najmniej wartości równej kwotom wynikającym z art. 2 ust. 1 pkt 2 i art. 3 NPzp. Wartość przedmiotowego postępowania była niższa, a ustawę stosuje się do udzielania zamówień sektorowych, jeżeli wartość zamówienia jest co najmniej równa progom unijnym.

Kolejnymi przesłankami wymaganymi do zakwalifikowania rozpoznawanego zamówienia do zamówienia sektorowego jest rodzaj podmiotu, który udziela zamówienia oraz rodzaj prowadzonej przez ten podmiot działalności, co jest zdefiniowane w art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z ust. 4 pkt 7 NPzp. Art. 5 ust. 1 pkt 1 NPzp brzmi »Przepisy ustawy stosuje się do zamawiających sektorowych, którymi są [...] zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4«, a art. 5 ust. 4 pkt 7 NPzp brzmi »Działalnością sektorową w zakresie [...] wydobywania paliw jest działalność polegająca na wydobywaniu ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwaniu lub wydobywaniu węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych«.

Zamawiający jest podmiotem, który został wymieniony ze względu na rodzaj oraz charakter prowadzonej działalności w art. 5 ust. 1 pkt 1 NPzp. Przywołane przepisy w rozpoznawanej sprawie nakazują stosowanie ustawy NPzp do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 NPzp, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wydobywania węgla kamiennego – art. 5 ust. 4 pkt 7 NPzp, jednak nie zezwala na stosowanie ustawy NPzp wartość zamówienia, która jest zbyt niska, bo jest mniejsza niż wymaga tego przytoczony wcześniej art. 2 ust. 1 pkt 2 NPzp.

Ponadto zamówienie dotyczy wydobywania węgla kamiennego chociaż opiewa na »Rozbiórkę 4 obiektów budowlanych (...) [Zakład (...)] zlokalizowanych na terenie (...) S.A. Oddział w S. (...) wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia.

W ocenie Izby nie sposób przyjąć, że przeznaczeniem samym w sobie przedmiotu rozpoznawanego zamówienia była rozbiórka jakichkolwiek budowli, ale obiektów związanych z wydobywaniem węgla kamiennego – budynków Zakładu (...), a bez znaczenia jest czy zamawiana robota budowlana będzie służyć wszczęciu bądź prowadzeniu czy wygaszeniu wydobywania węgla kamiennego.

W ocenie Izby konkretny przedmiot zamówienia jest związany z wydobywaniem węgla kamiennego i jest związany z wydobywaniem kopalin ze złóż, a więc obejmuje podejmowanie, wykonywanie oraz kończenie działalności w myśl art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2020 r. poz. 1064, 1339 i 2320 oraz

z 2021 r. poz. 234, 784i 914), który to przepis brzmi »Ustawa określa zasady i warunki podejmowania, wykonywania oraz zakończenia działalności w zakresie [...] wydobywania kopalin ze złóż«.

W związku z tym Izba stwierdziła, że wydobywanie węgla kamiennego, obejmuje nie tylko sam proces wydobywania węgla kamiennego, ale również proces przygotowania do wydobywania, a także proces kończenia czyli likwidacji działalności w zakresie wydobywania kopalin ze złóż.

Z tego względu pojęcie wydobywania węgla kamiennego [art. 5 ust. 4 pkt 7 NPzp] nie można odczytywać wprost i w sposób zawężający, ale tak jak stanowi o tym podstawowy dla danej dziedziny akt prawny jakim jest w tym przypadku ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze. A więc wydobywaniem węgla w znaczeniu art. 1 ust. 1 pkt 2 przytoczonej ustawy jest podejmowanie, przygotowywanie, wykonywanie zabezpieczanie czy kończenie działalności, traktując to jako jedną, nierozdzieloną całość działalności przedsiębiorstwa górniczego.

Skutkowało to stwierdzeniem Izby, że zamawiający stosuje próg wyznaczony w przytoczonym wyżej art. 3 ust. 1 pkt 2 NPzp.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji postanowienia odrzucając oba odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 NPzp mając na uwadze, że przedmiotem zamówienia jest zamówienie sektorowe i wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przytoczonych wyżej przepisach.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) zaliczając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego.

Skargę od postanowienia KIO z dnia 14 lipca 2021r., wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1639/21 wniósł D. M. zaskarżając je w całości. Zaskarżonemu postanowieniu zarzucił:

1. naruszenie art. 528 pkt 1 w zw. z art. 5 ust. 4 pkt 7 ustawy PZP, poprzez nieuzasadnione odrzucenie odwołania wobec błędnego uznania, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy PZP, bowiem przedmiotem zamówienia jest zamówienie sektorowe, mimo że po pierwsze - (...) nie jest zamawiającym sektorowym, bowiem nie prowadzi działalności sektorowej wskazanej w art. 5 ust. 4 pkt 7 PZP, po drugie - przedmiot zamówienia nie mieści się w pojęciu zamówienia sektorowego, o którym mowa w art. 5 ust. 4 pkt 7 PZP, bowiem nie dotyczy działalności polegającej na poszukiwaniu lub wydobywaniu węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych - a naruszenie to miało istotny wpływ na wynik sprawy, z uwagi na odrzucenie odwołania;

2. naruszenie art. 5 ust. 4 pkt 7 ustawy PZP w związku z art. 14 lit b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.) poprzez dokonanie wykładni pojęcia „wydobywanie węgla” w bezpośrednim odwołaniu do przepisów ustawy Prawo geologiczne i górnicze, mimo że przepis art. 5 ust. 4 pkt 7 PZP stanowi implementację art. 14 lit. b wymienionej dyrektywy, a zatem podlega wykładni autonomicznej, z uwzględnieniem motywu 25 preambuły do dyrektywy;

3. naruszenie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, mimo że odwołanie powinno zostać uwzględnione z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej PZP2004)

a) art. 91 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP2004 przez dokonanie wyboru oferty (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., w sytuacji, gdy oferta ta zawierała zarówno rażąco niską cenę jak i koszty, a co za tym idzie oferta (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. winna zostać przez Zamawiającego odrzucona, zaś jako najkorzystniejsza winna zostać wybrana oferta Odwołującego;

b) art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP2004 przez pominięcie przy ocenie ofert faktu, iż oferta (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. podlegać winna odrzuceniu z uwagi na okoliczność, iż zawiera ona poważne błędy w zakresie obliczenia ceny oraz kosztów;

c) art. 90 ust. 1 PZP2004 przez dokonanie wyboru oferty (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., w sytuacji gdy Wykonawca ten nie wyjaśnił i nie wykazał oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., oryginalności projektu, niższych kosztów pracy, nadto nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny i kosztów;

d) art. 90 ust. 2 i 3 PZP2004 przez dokonanie wyboru oferty (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., jako najkorzystniejszej pomimo faktu, iż (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. nie wykazała, iż złożona oferta nie zawiera ceny, która nie jest ceną rażąco niską oraz kosztów, które nie są rażąco niskie, bowiem nie złożyła wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień oraz nie przedstawiła żadnych dowodów, oraz poprzez zaniechanie prawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Wykonawcę ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny lub jako oferty zawierającej rażąco niską cenę z powodu przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Mając powyższe na uwadze, wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego postanowienia, poprzez uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 24 maja 2021r. polegającej na wyborze oferty (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., jako najkorzystniejszej, odrzucenia oferty złożonej przez (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. oraz wyboru oferty Skarżącego jako najkorzystniejszej;

2. unieważnienie umowy zawartej przez Zamawiającego z (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. albo unieważnienie tej umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej, albo o skrócenie okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym;

3. zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów postępowania skargowego oraz postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga okazała się zasadna w całości, co skutkowało koniecznością zmiany tego orzeczenia i uwzględnienia odwołania.

Przed przystąpieniem do konkretnej oceny skargi konieczne jest wskazanie na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: wprawPZP), z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: dPZP), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPZP). Zgodnie z art 90 ust. 1 wprawPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Przepis art, 92 ust. 1 ustawy wprawPZP stanowi natomiast, że do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wprawPZP do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w uchylanej ustawie dPZP, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy nPZP. Wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia i postępowanie odwoławcze zostały wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego stosuje się przepisy ustawy dPZP. Jednocześnie, z

uwagi na treść powołanego art. 92 ust. 2 wprawPZP do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, stosuje się przepisy ustawy nPZP.

Dodatkowo w odniesieniu do zagadnień proceduralnych należy wskazać, iż przedmiotowa sprawa została rozpoznana, stosownie do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 28 maja 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, w składzie jednoosobowym (art. 4 pkt 4 ww. ustawy).

Przechodząc do zarzutu naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisu art. 528 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej także jako: npzp) poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie skutkujące uznaniem, że nie mają do przedmiotowego zamówienia zastosowania przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2014 r. (dalej także jako: spzp), co spowodowało odrzucenie odwołania – stwierdzić należy, iż odrzucenie odwołania nie było zasadne.

W ocenie Sądu Okręgowego kluczowa dla niniejszej sprawy jest odpowiedź na pytanie, czy pojęcie „poszukiwanie lub wydobywanie węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych” (art. 5 ust. 4 pkt 7 PZP) należy rozumieć zgodnie z ustawą z dnia 9 czerwca 2011r. Prawo geologiczne i górnicze, jak tego chce KIO w postanowieniach z dnia 17 marca 2021r. (KIO 301/21), z dnia 16 czerwca 2021r. (KIO 1271/21) oraz w postanowieniu zaskarżonym niniejszą skargą (postanowienie z dnia 14 lipca 2021r., KIO 1639/21).

Należy wskazać, że zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 2 PZP przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień sektorowych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających sektorowych. Przez progi unijne dla zamówień sektorowych należy rozumieć, za art. 3 ust. 1 pkt 2 PZP, kwoty wartości zamówień lub konkursów określone w art. 15 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm., dalej: dyrektywa sektorowa).

Należy podzielić zdanie skarżącego, który wskazał, że ustawa PZP, regulując w art. 5 kwestię zamawiających sektorowych (ust. 1) oraz działalności sektorowej (ust. 4), stanowi przepisy implementujące do polskiego porządku prawnego przepisy dyrektywy sektorowej. Zatem wskazać, iż zgodnie z poniższymi przepisami dyrektywy sektorowej (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE z dnia 26 lutego 2014 r.):

1) Art. 1 Przedmiot i zakres stosowania

1. Niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez podmioty zamawiające w odniesieniu do zamówień oraz konkursów, których szacunkowa wartość jest nie mniejsza niż progi określone w art. 15.

2. Zamówienie w rozumieniu niniejszej dyrektywy stanowi nabycie - w drodze zamówienia na dostawy, roboty budowlane lub usługi- robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jeden podmiot zamawiający od wykonawców wybranych przez ten podmiot zamawiający, pod warunkiem że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi są przeznaczone na potrzeby wykonywania jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 8-14.

2) Art. 14 Wydobywanie ropy naftowej i gazu oraz poszukiwanie lub wydobywanie węgla lub innych paliw stałych

Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do działalności związanej z eksploatacją obszaru geograficznego w celu:

a) wydobywania ropy naftowej lub gazu;

b) poszukiwania lub wydobywania, węgla lub innych paliw stałych.

Zatem trafnie wskazano w uzasadnieniu skargi, że przepis art. 5 ust. 4 pkt 4 ustawy PZP, zgodnie z którym działalnością sektorową w zakresie wydobywania paliw jest działalność polegająca na wydobywaniu ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwaniu lub wydobywaniu węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych, stanowi w zasadzie literalne powtórzenie treści art. 14 dyrektywy sektorowej.

Podzielić należy zdanie skarżącego, że dla prawidłowej wykładni przepisu polskiej ustawy, stanowiącej implementację dyrektywy, konieczne jest odwołanie się do motywów, zawartych w preambule do dyrektywy sektorowej i tak dla niniejszej sprawy istotne znaczenie ma motyw 10 preambuły: Zamówienie należy uważać za zamówienie na roboty budowlane jedynie wówczas, gdy jego przedmiot obejmuje wykonywanie rodzajów działalności wymienionych w załączniku I, nawet jeśli zamówienie obejmuje również świadczenie innych usług niezbędnych do wykonywania tych rodzajów działalności. Zamówienia na usługi, zwłaszcza w zakresie usług zarządzania mieniem, mogą, w pewnych okolicznościach, obejmować roboty budowlane. Jednakże w zakresie, w jakim roboty takie mają charakter incydentalny w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia oraz stanowią jego ewentualną konsekwencję lub uzupełnienie, fakt włączenia takich robót w zakres zamówienia nie uzasadnia zakwalifikowania zamówienia na usługi jako zamówienia na roboty budowlane. Z uwagi na różnorodność zamówień na roboty budowlane podmioty zamawiające powinny mieć jednak możliwość oddzielnego lub łącznego udzielania zamówień na zaprojektowanie oraz wykonanie obiektu budowlanego. Nie jest zamierzeniem niniejszej dyrektywy przesądzenie o łącznym lub oddzielnym udzielaniu zamówień;

W odniesieniu zatem do zamówień sektorowych wskazanych w art. 14 lit. a dyrektywy sektorowej prawodawca europejski wprost wskazał, że "poszukiwanie" obejmuje czynności podejmowane w celu sprawdzenia czy w danej strefie znajdują się ropa i gaz oraz czy nadają się do komercyjnej eksploatacji, podczas gdy "wydobycie" należy uznać za "produkcję" ropy i gazu; nadto wyjaśnił, że zgodnie z ustaloną praktyką w przypadkach dotyczących łączenia przedsięwzięcia "produkcję" należy uznać za obejmującą "rozwój", tj. stworzenie odpowiedniej infrastruktury dla przyszłej produkcji (platformy, rurociągi, instalacje odbiorcze itp.).

W ocenie Sądu Okręgowego wyjaśnienie pojęcia „wydobycie” (produkcja, w tym obejmująca rozwój, tj. stworzenie odpowiedniej infrastruktury dla przyszłej produkcji), przyjęte w motywie 25 preambuły do dyrektywy sektorowej, należy wprost stosować także do wykładni art. 14 lit. b dyrektywy sektorowej, a co za tym idzie, również do przepisów polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazując na powyższe całkowicie zasadnie skarżący wskazuje na błędną wykładnię przepisów PZP w zakresie zamówień sektorowych, wymienionych w art. 5 ust. 4 pkt 7 PZP. Wyjaśnienie pojęcia „poszukiwanie lub wydobywanie węgla kamiennego” nie może być dokonane wyłącznie w oparciu o przepisy prawa krajowego (tu: ustawy Prawo geologiczne i górnicze). Pierwszym kierunkiem wykładni winno być odniesienie do przepisów dyrektywy sektorowej - a w niej pojęcia „wydobycie”. Zatem, skoro dyrektywa sektorowa definiuje pojęcie „wydobycie” w zakresie zamówień obejmujących wydobywanie ropy i gazu, należy analizować, czy pojęcie to należy identycznie stosować przy zamówieniach obejmujących wydobywanie węgla.

Sąd podziela zdanie skarżącego, że w świetle przywołanych zasad wykładni prawa unijnego, przyjętą w dyrektywie sektorowej definicję pojęcia „wydobycie” należy stosować tak dla wydobywania ropy i gazu, jak i dla wydobywania węgla. Zatem skoro przepisy krajowe (tu ustawa Prawo zamówień publicznych) również posługują się pojęciem wydobywania, to jego wykładnia powinna być tożsama z wykładnią pojęć zawartych w dyrektywie. Nie ma zatem żadnego uzasadnienia dla dokonywania wykładni pojęcia „wydobycie węgla” w odwołaniu do przepisów ustawy Prawo geologiczne i górnicze.

Mając powyższe na uwadze w ocenie Sądu Okręgowego za działalność sektorową należy uznać „produkcję” węgla - czyli działalność obejmującą „rozwój”, tj. stworzenie odpowiedniej infrastruktury dla przyszłej produkcji - a nie działalność polegającą na likwidacji kopalń węgla kamiennego (ogólny przedmiot działalności (...)), bądź działania w przedmiocie rozbiorczy obiektów budowlanych (...) wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia (przedmiot zamówienia).

W świetle powyższego nieuprawnionym było zatem odrzucenie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą albowiem w stosunku do zamawiającego – jako podmiotu określonego w art. 3 ust.1 pkt 3 spzp – zastosowanie znajdują przepisy ustawy spzp w reżimie klasycznym, jako że przedmiot zamówienia publicznego objętego skargą nie wpisuje się w działalność sektorową.

Przechodząc zaś do zarzutów merytorycznych odnoszących się do rażąco niskiej ceny należy wskazać, że w ocenie Sądu Okręgowego okazały się one zasadne.

Wykonawca (...)spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w R. (dalej: (...)) w dniu 17 lipca 2020 r. złożył wyjaśnienia rażąco niskiej w odniesieniu do oferty pierwotnej (przed aukcją internetową). Oferta pierwotna opiewała na kwotę 35.630.886,00 zł brutto. Następnie, po aukcji internetowej, (...) złożył ponownie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do oferty końcowej, która wynosi 640.000,00 zł brutto. Końcowe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie ich treści są kopią wyjaśnień pierwotnych i nie przedstawiają jakichkolwiek nowych okoliczności, które mogłyby wyjaśnić tak dużą redukcję ceny. Dodatkowo w zakresie obliczeń matematycznych końcowe wyjaśnienia przeczą założeniom wyjaśnień pierwotnych. Ponadto w wyjaśnieniach z dnia 31 lipca 2020r. wykonawca (...) wyłącznie częściowo odniósł się do wymagań Zamawiającego z wezwania z dnia 30 lipca 2020r. i przedstawił jedynie wycinki swojej kalkulacji, które w żaden sposób nie tłumaczą zaoferowanej ceny oraz nie odnoszą się do całości robót jakie należy wykonać w celu realizacji zadania, a które wprost wynikają z przedmiaru.

W wyjaśnieniach pierwotnych wykonawca (...) zakłada prowadzenie prac w systemie dwuzmianowym i deklaruje, że całość prac rozbiórkowych będzie trwać dwa miesiące. W wyjaśnieniach końcowych wykonawca powołuje się na ten sam skład osobowy oraz ten sam zestaw maszyn i urządzeń, jednak skraca czas wykonania zadania o 25% względem wyjaśnień pierwotnych i deklaruje wykonanie zadania w 1,5 miesiąca, co znacząco redukuje koszty wynagrodzenia pracowników uwzględnione w ofercie. Wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnia, dlaczego kalkuluje czas wykonania zadania w takim wymiarze oraz jakie zmiany poczynił w technologii rozbiórki.

Dokonując analizy akt w ocenie Sądu Okręgowego należy wziąć pod uwagę wynagrodzenie kierownika budowy przyjęte jest w kwocie: $3.132,48 \text{ zł} \times 2 \text{ miesiące} = 6.264,96 \text{ zł}$ brutto. W wyjaśnieniach końcowych wynagrodzenie kierownika budowy jest zmniejszone o 25% i wynosi: $3132,48 \text{ zł} \times 1,5 \text{ miesiąca} = 4.698,72 \text{ zł}$ brutto.

Powyższe zmniejszenie wynagrodzenia o 25% dotyczy wszystkich pracowników wykonawcy, biorących udział w zadaniu. Dodatkowo Wykonawca w takim samym wymiarze skalkulował czas pracy oraz wynagrodzenie kierownika robót i brygadzysty, tj.: $3.132,48 \text{ zł} \times 1,5 \text{ miesiąca} = 4.698,72 \text{ zł}$ brutto na pracownika.

Powyższe założenia są niezgodne z SIWZ, bowiem Zamawiający w punkcie 5.3 dotyczącym warunków udziału w postępowaniu wskazał, że do realizacji zadania wymagany jest kierownik budowy, brygadzysta oraz kierownik robót, który będzie osobą stale obecną na terenie rozbiórki. Skoro wykonawca zamierza prowadzić prace rozbiórkowe w systemie dwuzmianowym, musi zapewnić stały nadzór kierownika robót, tak więc powyższa kalkulacja kosztów jest błędna. Wykonawca będzie zmuszony zatrudnić dodatkowego kierownika robót, który nadzorować będzie prace rozbiórkowe na drugiej zmianie - a ten koszt został w wyjaśnieniach całkowicie pominięty.

Dodatkowo deklarowane wynagrodzenia kierownika budowy oraz kierownika robót są całkowicie nierynkowe. Trudno uwierzyć, że Kierownik Budowy, tj. zgodnie z pkt 5.3.1.a SIWZ osoba posiadająca wyższe wykształcenie budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, i kwalifikacje do wykonywania czynności w dozorcze ruchu w podziemnych zakładach górniczych w specjalności budowlanej, pobiera wynagrodzenie w kwocie 2.600 zł brutto - czyli takie samo jak osoby z uprawnieniami spawalniczymi, gazowymi i elektrycznymi, kierownik robót, brygadzysta czy hakowy. Zgodnie zaś z oświadczeniem wykonawcy Kierownik budowy oraz kierownik robót pobierają wynagrodzenie mniejsze niż operatorzy koparki (4.210,18 zł brutto) lub kierowcy (3.205,39 zł brutto).

Kolejną nieprawidłowością jest zaniżenie kosztów materiałów w wyjaśnieniach końcowych. Początkowo wykonawca deklarował dostarczenie przekruszu betonowego za łączną kwotę 50.168,00 zł netto, natomiast w wyjaśnieniach

końcowych zredukował tą kwotę o połowę wskazując kwotę 25.084,00 zł netto, bez podania jakichkolwiek wyjaśnień, tłumaczących redukcję kosztów o 50 % w zaledwie dwa tygodnie.

W wyjaśnieniach pierwotnych wykonawca (...) deklorował dowóz ziemi w cenie 20 zł za tonę, co dawało łączny koszt 12.090,40 zł netto, natomiast w wyjaśnieniach końcowych wykonawca oświadczył, że dostarczenie tego samego materiału będzie darmowe i wyniesie 0 zł, ponieważ posiada 20.000 ton ziemi. Trudno założyć, że w przy składaniu wyjaśnień pierwotnych wykonawca nie zdawał sobie sprawy z faktu, że posiada na swoim terenie 20.000 ton materiału, który nie ma dla niego żadnej wartości. Ponadto należy podkreślić, że bez względu na to, gdzie ten materiał się znajduje, wykonawca będzie musiał wykonać załadunek materiału na samochody z wykorzystaniem koparki wraz z operatorem, a zatem poniesie dodatkowe koszty - tak więc nie jest prawdą, że dostawa tego materiału jest darmowa. Wykonawca (...) nie wykazał także rzeczywistej liczby pracowników biorących udział w tym zadaniu, ponieważ nie wykazał kosztów operatora i koparki pracującej poza terenem rozbiórki oraz koszty transportu ziemi.

W kolejnym punkcie wykonawca podał, że rozbiórkę prowadzić będzie sprzętem w ilości trzech koparek gaśnicowych, które wykorzystywane będą w systemie dwuzmianowym, wykazany sprzęt wyposażony będzie w młoty wyburzeniowe i nożyce specjalistyczne. Taki sam typ maszyn oraz ich ilość przyjęta była w wyjaśnieniach pierwotnych, jednak początkowo ich czas pracy szacowany był na 1.764 godziny, natomiast w wyjaśnieniach końcowych czas pracy tych maszyn skrócono do 1.323 godzin. Jako koszty wykonawca wykazał jedynie zużycie paliwa: 1.323 godziny x 30 litrów /h = 3.9690 litrów x 3,45 zł = 136.930,50 zł netto.

Taka kalkulacja jest niezgodna z zasadami kosztorysowymi, ponieważ wykonawca nie uwzględnił realnej pracy sprzętu. Poza zużyciem paliwa koszt pracy sprzętu musi uwzględniać jego serwis, płyny eksploatacyjne oraz jego amortyzację. Nadto cena paliwa nie odpowiada cenom rynkowym.

Wykonawca pomimo nieuzasadnionego skrócenia czasu pracy zmniejszył również wysokość kosztów nieprzewidzianych, które początkowo szacował na 50.000 zł, a które w wyjaśnieniach końcowych obniżył do 20.000 zł.

Ponadto za 0 zł (...) zamierza realizować oznakowanie i zabezpieczenie placu rozbiórki, wskazując że ochroną będzie monitoring własny. Wykonawca nie wyjaśnia, na czym miałby polegać „monitoring własny”, czy jest to zabezpieczenie, które świadczyć będą pracownicy bezpośrednio zaangażowani w rozbiórkę - nie podaje także kosztów oznakowania.

Wszystkie powyższe braki, oferowanie niektórych elementów za darmo oraz obniżenie kosztów wszystkich elementów kalkulacji pierwotnej jest nieoparte żadnymi dowodami i ma na celu jedynie dostosowanie wyjaśnień do kwoty, którą wykonawca wylicytował w aukcji elektronicznej. Należy podkreślić, że pomimo tego, że w ofercie pierwotnej wykonawca kalkulował sam zysk na poziomie aż 28.346.304,10 zł netto, to w toku aukcji elektronicznej obniżył kwotę swojej oferty o wartość większą niż początkowo skalkulowany zysk. Należy wskazać, że prac wyburzeniowych nie będą wykonywać same maszyny - dla prawidłowej realizacji zamówienia konieczne jest zatrudnienie doświadczonych, wysoko wykwalifikowanych pracowników. Ponieważ (...) deklaruje wykonywanie prac w systemie dwuzmianowym, tym bardziej winien zapewnić odpowiednią ilość osób - a podane w wyjaśnieniach koszty dotyczą wyłącznie zatrudnienia pracowników jednej zmiany.

W oparciu o analizę dokumentów dołączonych do akt sprawy należy wskazać, że same początkowo przyjęte koszty przedstawione w wyjaśnieniach pierwotnych są większe niż wartość końcowa oferty po aukcji elektronicznej. Jest więc rzeczą jasną, że wykonawca składając ostateczne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, bazując na poprzednim wzorze, dostosował ceny tak aby pasowały do wylicytowanej ceny i nie można ich uznać za prawdziwe, rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, których wymagał Zamawiający.

Zamawiający już w piśmie z dnia 30 lipca 2020r. poinformował, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 PZP2004 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy oraz przypominał, iż na mocy art. 90 ust. 3 PZP2004 Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień,

lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Bezspornym jest, iż norma z art. 90 ust. 2 PZP2004 na wzywanego wykonawcę nakłada obowiązek wykazania, iż zaoferowana cena nie nosi cech rażąco niskiej. Równocześnie nie można tracić z pola widzenia, iż „obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty” (tak orzeczenie KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO 681/17).

Przepis art. 90 ust. 3 PZP2004 jednoznacznie nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; przepis ten zawiera zatem odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Brak wyjaśnień żądanych przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 PZP2004 stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty, niezależnie od ustalenia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych (tak wyrok KIO 2031/12).

Należy mieć na uwadze, iż ustawowe pojęcie „wykazania” jest tożsame z pojęciem „udowodnienia”, a nie „uprawdopodobnienia”. Oznacza to, iż wyjaśniający musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Jednak wyjaśnienia te i dowody muszą mieć charakter obiektywny, albowiem wprost nakazuje to norma z art. 90 ust. 2 PZP2004, która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na wykonawcę.

Tym niemniej z opisanym obowiązkiem wykonawcy w pełni skorelowany jest obowiązek Zamawiającego wnikliwej i obiektywnej oceny składanych wyjaśnień. Przyjmuje się bowiem, iż nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez wykonawcę powinny być na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, iż wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi przez zamawiającego wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych (tak wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., sygn. KIO 1036/19; wyrok KIO z 7 czerwca 2016 r., sygn. KIO 846/16; wyrok z dnia 15 października 2018 r., sygn. KIO 1946/18; wyrok KIO z 31 maja 2017 r., sygn. KIO 1001/17).

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 marca 2021 r. (KIO 293/21) wyjaśniła: W ocenie składu rozpoznającego spór wyjaśnienia (...) wyróżniają się w sposób negatywny na tle innych wyjaśnień, co dodatkowo przekonuje o niedochowaniu przez tego wykonawcę staranności w ich złożeniu. Wyjaśnienia I. odbiegają od standardu staranności - ciężko je nawet nazwać wyjaśnieniami, albowiem w istocie nic one nie wyjaśniały, poza okolicznością, jakie fragmenty prac i jakie elementy cenowe wykonawca wziął pod uwagę. Wyjaśnienia złożono blokowo, poprzez zgrupowanie kosztów w zbiorze - bez faktycznego wskazania podstawy wyliczenia. W miejsce zatem precyzyjnego wyliczenia, przedstawiono zbiorowe oszacowanie kosztów przypominającego wstępny ogólny szacunek, a nie faktyczne, poparte danymi wyliczenie - co urąga standardowi staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie. Już jednak samo wskazanie tych zbiorów kosztów pozwoliło na niewątpliwe ustalenie w zakresie tego, czy wyjaśnienia powinny skutkować uznaniem ceny za rażąco niską - nie ze względu na to, co się w nich znalazło, a ze względu na to, czego w nich nie ujęto.

Izba stwierdziła, że istotną wadą pierwszych wyjaśnień przystępującego I. jest wprost potwierdzenie, że wykonawca nie wycenił w cenie wszystkich niezbędnych prac i materiałów, które zawarto w przedmiarach i projektach rozbiórki, zatem cena oferty nie zawiera wszystkich elementów wskazanych w dokumentacji przetargu, co powinno skutkować odrzuceniem oferty, a nie kolejnym wezwaniem, na które przedłożono całkowicie nową kalkulację, a o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

Należy także przypomnieć, iż na tle stosowania ustawy ukształtowano podstawowe przesłanki interpretacyjne:

1. obowiązek badania poprzez pryzmat realności poczynionych założeń (wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r., sygn. KIO 846/16). Bowiem celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 i la PZP2004, jest ustalenie, że zaoferowana cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, a procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia sposobu skalkulowania zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów;
2. obowiązek rozpoznawania każdej sprawy (wyjaśnień) indywidualnie (ad casum) (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 sierpnia 2015 r., XXIII Ga 1072/15 oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17 stycznia 2006 r., II Ca 2194/05).

Z orzecznictwa Izby wynika, że zamawiający może sformułować wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadać wykonawcy pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty, co z pewnością ułatwia wykonawcy przygotowanie wyjaśnień, a następnie zamawiającemu - ich ocenę (wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., KIO 1056/19). Jednakże, przy szczegółowym sformułowaniu wymagań dotyczących wyjaśnień, Zamawiający winien oceniać je przez pryzmat zasad określonych w wezwaniu - zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie przez Zamawiającego ustawy.

Wobec powyższego zdaniem Sądu Okręgowego zamawiający miał obowiązek oceny wyjaśnień złożonych przez (...) zgodnie z warunkami określonymi w wezwaniu, a wobec braku wymaganych elementów powinien był uznać, że wykonawca (...) nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ewentualnie że wyjaśnienia te nie spełniają wymagań Zamawiającego, a oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień (...) za prawidłowe i wystarczające oraz brak odrzucenia złożonej przez (...) oferty stanowią naruszenie przepisów art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP2004. Ponadto przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień (...) za prawidłowe i wystarczające oraz wybór oferty tego Wykonawcy stanowią naruszenie przepisów art. 91 ust 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy PZP2004.

Pomimo tego, że ustawa PZP2004 nie zawiera definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym pojęciem rozumie się ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc. Taką właśnie cenę przedstawił wykonawca (...), sam bowiem w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazuje, że pewne elementy przedmiotu zamówienia wykona za darmo, co nie jest praktyką przyjętą w obrocie gospodarczym.

Zdaniem Sądu Okręgowego obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. Rację ma skarżący, że właściwa ocena złożonych przez (...) wyjaśnień powinna skutkować odrzuceniem oferty, bowiem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były ogólnikowe, niekompletne i nie odpowiadały wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 30 lipca 2020r. Wyjaśnienia te uznać także należy za nieprawidłowe, nadto niewiarygodne - przede wszystkim z uwagi na nierynkową wysokość wynagrodzenia.

Z dokonanej analizy akt wynika w sposób jednoznaczny, że wykonawca (...) nie dołożył należytej staranności w złożeniu zamawiającemu wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty, zatem jego oferta powinna ulec odrzuceniu.

Wobec faktu, iż to oferta (...) została wybrana w zakresie Części III. zamówienia jako najkorzystniejsza, to stosownie do treści art. 588 ust. 2 w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a i b npzp Sąd Okręgowy nakazał zamawiającemu unieważnienie

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części III. zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie Części III. Zamówienia.

W konsekwencji merytorycznego rozpoznania odwołania skarżącego zmianie podlegało także rozstrzygnięcie Izby w zakresie kosztów postępowania wywołanego odwołaniem. Zasądzono je od zamawiającego na rzecz skarżącego w kwocie 13.600 zł (obejmującej koszty wpisu od odwołania i koszty wynagrodzenia pełnomocnika, w oparciu o przepis art. 192 ust. 9 i 10 ustawy spzp oraz § 3 pkt 1 i 2 lit.b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposoby ich rozliczenia).

O kosztach postępowania skargowego (pkt I. 2. wyroku) orzeczono na podstawie art. 589 nPZP stosownie do wyniku postępowania. Skarżący wygrał postępowanie skargowe w całości. Jednocześnie stosownie do treści art. 108 § 1 k.p.c. Sąd pozostawił szczegółowe wyliczenie kosztów procesu obciążających strony referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Warszawie.

Sędzia Andrzej Kubica